

TESIS DOCTORAL

para optar por el grado de

DOCTOR EN CIENCIAS JURÍDICAS

Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador (Res. CONEAU 366/05).



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

Facultad de Ciencias Jurídicas

Más de 50 años enseñando Derecho

1957 - 2010

Tema de tesis: *La garantía contra la autoincriminación forzada en el proceso penal federal argentino, bajo el prisma del molde estadounidense* ¹

Director de Tesis: *Doctor Javier Augusto De Luca*

Doctorando: *Jorge Gustavo Onel*

Buenos Aires, 22 de marzo de 2011.

¹ Tema de tesis aprobado por resolución del Decano número 213/09, del 23 de diciembre de 2009.

“Hemos aprendido la lección de la historia, antigua y moderna, que un sistema de derecho criminal que dependa de la confesión será, a largo plazo, menos confiable y más sujeto a abusos que un sistema que dependa de la evidencia extrínseca obtenida a través de una investigación competente. También hemos aprendido la valiosa lección de la historia que ningún sistema de justicia criminal puede, o debería, sobrevivir si para ser efectivo depende de la renuncia de los ciudadanos, a través del desconocimiento, de sus derechos constitucionales.... Si el ejercicio de derechos constitucionales obstaculiza la efectividad del sistema, entonces hay algo muy malo con ese sistema”. 2

SÍNTESIS

Hemos comenzado nuestro trabajo por la revisión de los distintos sistemas de procedimiento (acusatorio, inquisitorio, mixto), ya que -no obstante el escaso valor práctico actual de tal distinción- las funciones históricas de los mismos, y los regímenes políticos en cada tiempo imperantes, constituyen la mejor manera de abordar las razones del nacimiento de la garantía y el carácter de la declaración del imputado, que es determinado -al igual que otros aspectos de la garantía- por la base adversarial en el sistema estadounidense y por la base inquisitoria en el sistema argentino. (Capítulo I)

El derecho contra la autoincriminación, que forma parte de las actuales culturas jurídicas occidentales como parte integrante del debido proceso, tiene un origen disímil en los sistemas del *common law* y en los sistemas continentales: mientras en los primeros se forjó como una oposición al juramento en los juicios religiosos de la corona británica, hacia mediados del siglo XVII, en Francia se origina un siglo más tarde, en la lucha por la dignidad humana, y por ende, contra la tortura, que se expresa en los postulados de la Revolución Francesa. Sin embargo, fue la aparición en escena del abogado defensor y la vigencia del principio de

2 *“We have learned the lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law enforcement which comes to depend on the "confession" will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation. We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional rights.... If the exercise of constitutional rights will thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system”.*

La argumentación precedente integra el voto del juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Arthur J. Goldberg en el caso *Escobedo v Illinois* (378 US 478, 1964). Goldberg fue juez del máximo tribunal de ese país entre 1961 y 1965, época dorada del garantismo estadounidense, tan lejano de las posturas que imperan en la actualidad en la jurisprudencia de ese país en la materia de la tesis.

inocencia, lo que en la práctica tornó efectiva la garantía. La cláusula contra la autoincriminación vigente en nuestro ordenamiento, integrada por preceptos del Bloque de Constitucionalidad Federal, deriva directamente de la provisión de la enmienda V de la Constitución de Estados Unidos. (Capítulo II)

Existen manifestaciones de la garantía directamente influenciadas por la tipología procesal: 1) la negociación de culpabilidad en los procedimientos abreviados, que la base adversarial permite en el procedimiento estadounidense y que, con menor alcance, ha sido importado por nuestro sistema, el cual, paradójicamente, por alguna de sus características inquisitivas que aún perduran, presenta un mayor nivel de protección frente a la garantía, y frente a otros valores fundamentales; 2) el juramento del imputado, en relación con el cual hemos llegado a la conclusión que en ambos sistemas representa una coacción moral que afecta la libertad de declaración; y 3) el silencio y la mendacidad, respecto de los cuales el sistema estadounidense –a diferencia del nuestro– permite inferencias no compatibles con un ejercicio efectivo de la garantía. (Capítulo III)

Luego hemos abordado el estudio de distintos métodos idóneos para afectar la libertad y la voluntad de declaración. Entre los primeros resalta la cuestión de la tortura, de los interrogatorios policiales y del agente encubierto –como método de obtener confesiones mediante ardid–, en los que se pone en evidencia, además de un alcance sustancialmente distinto, la notoria influencia de los respectivos procesos políticos y el valor que cada sistema le otorga a la confesión, al amparo de rasgos inquisitorios; en cuanto a los segundos, hemos acotado la cuestión al examen del polígrafo y el detector de mentiras, cuya práctica hemos considerado desaconsejable. (Capítulos IV y V)

A continuación, se examinó la cuestión relativa a las injerencias en los derechos fundamentales del imputado, que se presenta cuando su cuerpo es “ocupado” por la autoridad en busca de rastros del delito: hemos verificado que la distinción jurisprudencial que en ambos sistemas se realizan (comunicacional o no comunicacional en Estados Unidos; sujeto u objeto en Argentina) produce efectos concretos en torno a determinados actos. (Capítulo VI)

Luego, estudiamos la situación en ambos sistemas de quienes concurren a un hospital en busca de ayuda médica por haber –supuestamente– cometido un delito. Hemos concluido, con

relación a nuestro país –cuya jurisprudencia ha sido muy oscilante en los últimos 50 años, con inevitable impacto en la seguridad jurídica-, que el *nemo tenetur* debe operar aún antes de iniciarse el proceso, y que por otro lado el secreto médico debe prevalecer por sobre el deber de denunciar de los médicos de hospitales públicos. (Capítulos VII)

Finalmente, se ha abordado todo lo relativo a la presentación forzada de documentación – como manifestación del Estado moderno, del deber de colaborar, integrante a su vez del deber de contribuir-, situación en relación con la cual hemos concluido que, en tanto se trate de obligaciones legales vinculadas con actividades regladas, ambos sistemas han arribado a la conclusión común de que ello no presenta impacto sobre el *nemo tenetur*. (capítulo VIII)



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ÍNDICE

Introducción

1.- Objeto de la tesis.....	9
2.- Problema de investigación.....	9
3.- Objetivos.....	10
4.- Marco teórico.....	11
5.- Contenidos.....	13
6.- Método.....	14
7.- Fundamentos de la elección.....	15
8.- Fuentes.....	16

Aclaraciones iniciales

1.- Cuestiones terminológicas.....	18
2.- Temas excluidos.....	21
3.- Valor y efectos (internos) de la jurisprudencia de los máximos tribunales de Estados Unidos y Argentina.....	22
4.- El derecho estadounidense como fuente de derecho constitucional argentino.....	25

Capítulo I: Sistemas procesales y naturaleza de la declaración del imputado

1.- Introducción.....	27
2.- Procedimiento acusatorio.....	28
2.1.- Orígenes, evolución y principales características.....	28
2.2.- Naturaleza de la declaración del imputado.....	31
3.- Procedimiento inquisitorio.....	32
3.1.- Orígenes, evolución y principales características.....	32
3.2.- Naturaleza de la declaración del imputado.....	34
4.- Procedimiento mixto.....	34
4.1.- Orígenes, evolución y principales características.....	34
4.2.- Naturaleza de la declaración del imputado.....	38
5.- Particularidades de los sistemas estadounidense y argentino.....	40
5.1.- El sistema estadounidense.....	40
5.2.- El sistema argentino.....	46
Conclusiones para el capítulo I.....	49

Capítulo II: Antecedentes históricos de la garantía y evolución

1.- Primeros orígenes.....	52
2.- Grecia antigua.....	52
3.- El derecho romano.....	54
4.- El derecho germánico.....	55
5.- El derecho canónico.....	57
6.- El movimiento reformista del siglo XVIII en Francia. Expansión.....	61
7.- La evolución en Inglaterra.....	65
8.- La evolución en Estados Unidos.....	72
8.1.- El período colonial.....	73
8.2.- El período constitucional.....	77
9.- La evolución en Argentina.....	83
9.1.- La época colonial.....	83
9.2.- El período de la Independencia.....	85
9.3.- El período constitucional.....	87
9.4.- Origen estadounidense de la cláusula del art. 18 CN.....	88
9.5.- La reglamentación de la garantía.....	89
9.5.1.- El Código Obarrio.....	89
9.5.2.- La ley reglamentaria vigente.....	91

9.6.- El Bloque de Constitucionalidad Federal.....	94
<u>Conclusiones para el capítulo II.....</u>	96

Capítulo III: Manifestaciones de la garantía directamente influenciadas por la tipología procesal

1.- La negociación de culpabilidad en los procedimientos abreviados.....	99
1.1.- El <i>plea bargaining</i> estadounidense.....	99
1.2.- El “juicio abreviado” argentino.....	103
1.3.- Las garantías puestas en crisis.....	104
1.3.1.- La cuestión de la incoercibilidad.....	104
1.3.2.- El derecho de defensa en juicio.....	108
1.3.3.- La cuestión de la (i)rrenunciabilidad al juicio	
<u>Conclusiones para el capítulo III, 1.....</u>	111
2.- La cuestión del juramento del imputado.....	112
2.1.- Antecedentes.....	112
2.2.- El juramento en ambos sistemas.....	113
2.2.1.- Estados Unidos.....	113
2.2.2.- Argentina.....	115
2.3.- El caso Colombia.....	118
<u>Conclusiones para el capítulo III, 2.....</u>	119
3.- El silencio del imputado.....	120
3.1.- Estados Unidos.....	121
3.2.- Europa Continental.....	122
3.3.- Argentina.....	124
<u>Conclusiones para el capítulo III, 3.....</u>	125
4.- La mendacidad del imputado en su declaración en juicio penal.....	126
4.1.- Estados Unidos.....	127
4.2.- Argentina.....	128
<u>Conclusiones para el capítulo III, 4.....</u>	131
5.- Testigo reticente y testigo que declara falsamente para no incriminarse.....	132
5.1.- Estados Unidos.....	132
5.2.- Argentina.....	134
<u>Conclusiones para el capítulo III, 5.....</u>	136

Capítulo IV: Métodos que afectan la libertad y la voluntad de declaración

1.- Planteamiento teórico del problema.....	138
2.- La cuestión histórica, política y social como telón de fondo.....	140
3.- Métodos que afectan la libertad de declaración.....	141
3.1.- La tortura.....	144
3.1.1.- Estados Unidos.....	144
3.1.2.- Argentina.....	146
a) Contexto histórico.....	146
b) El caso “Montenegro” y la evolución posterior.....	148
3.2.- El interrogatorio policial.....	151
3.2.1.- Estados Unidos.....	152
a) Los interrogatorios policiales antes de <i>Miranda</i>	152
b) <i>Miranda</i>	153
c) El período posterior a <i>Miranda</i>	156
c) 1.- Interrogatorios sin detención ni privación de libertad de movimientos	156
c) 2.- Preguntas de rutina en la marco de una detención vehicular.....	158
c) 3.- Hechos que afectan la seguridad pública.....	158
c) 4.- Manifestaciones libres del imputado.....	158
c) 5.- Confesión que se repite luego de recibir las advertencias de <i>Miranda</i>	159
c) 6.- Lectura de las advertencias de <i>Miranda</i> incompletas o equívocas	160
c)7.-La renuncia de derechos	160

c) 8.-No invocación expresa de <i>Miranda</i>	162
c) 9.-Concurrencia de excepciones a la regla de exclusión.....	163
c) 10.- Quienes están obligados a proceder conforme al estándar <i>Miranda</i>	164
c) 11.-Intentos legislativos de derogar <i>Miranda</i>	165
d) Una mirada desde el marco histórico político y desde el contexto estructural.....	165
d) 1.- La corte <i>Warren</i>	165
d) 2.- El período posterior.....	166
3.2.2.- Argentina.....	171
a) Manifestaciones espontáneas.....	172
a) 1.- Indagación en el lugar del hecho, sin persona imputada.....	172
a) 2.- Manifestaciones espontáneas de persona imputada, no detenida.....	172
a) 3.- “Diálogo” del imputado detenido con la policía.....	173
b) Requerimiento de información al imputado.....	174
3.2.3.- Alemania.....	176
<u>Conclusiones para el capítulo IV, 3</u>	176
4.- Métodos que afectan la voluntad.....	177
4.1.- El polígrafo o detector de mentiras.....	178
4.1.1.- Estados Unidos.....	180
4.1.2.- Argentina.....	180
4.2.- El suero de la verdad	182
<u>Conclusiones para el capítulo IV, 4</u>	184

Capítulo V: Las manifestaciones autoincriminatorias obtenidas mediante ardid o engaño

1.- La utilización del “agente encubierto”; su diferencia con el “agente provocador”.....	186
1.1.- Estados Unidos.....	186
1.2.- Europa Continental.....	189
1.3.- Argentina.....	190
1.3.1.- Requisitos genéricos.....	190
1.3.2.- El agente provocador.....	192
<u>Conclusiones para el capítulo V, 1</u>	194
2.- La utilización de medios tecnológicos para registrar conversaciones sin conocimiento ni consentimiento.....	195
2.1.- Estados Unidos.....	196
2.2.- Argentina.....	199
2.2.1.- Delito cometido o que se está cometiendo; ardid tendiente a obtener incriminación ...	200
2.2.2.- Delito que se está cometiendo; inexistencia de ardid tendiente a obtener la confesión ...	201
2.2.3.- La aplicación de la llamada “teoría del riesgo”.....	202
2.3.- Alemania.....	204
2.3.1.- La cuestión del espionaje acústico.....	207
<u>Conclusiones para el capítulo V, 2</u>	208

Capítulo VI: Injerencia en los derechos fundamentales del imputado

1.- Discusión previa.....	210
2.- Estados Unidos.....	213
3.- Argentina.....	216
3.1.- Requisitos genéricos.....	218
3.2.- Casuística.....	221
3.2.1.- Identificación en rueda de personas y por fotografías.....	221
3.2.2.- Identificación dactiloscópica.....	222
3.2.3.- Extracción compulsiva de sangre.....	222
3.2.4.- Placas radiográficas.....	223
3.2.5.- Test de alcoholemia por exhalación.....	224
3.2.6.- Evacuación de heces y procedimientos lavativos.....	225
3.2.7.- Actos prohibidos.....	226
3.3.- Consecuencias de la negativa a participar en los actos de inspección.....	227
4.- La cuestión en el derecho europeo.....	228

<u>Conclusiones para el capítulo VI.....</u>	<u>231</u>
--	------------

Capítulo VII: Evidencias obtenidas por profesionales de la salud a los que se acude por encontrarse en riesgo la salud como consecuencia de la previa comisión de un delito

1.- Estados Unidos.....	234
2.- Argentina.....	237
2.1.- Análisis de las cuestiones jurídicos involucradas.....	242
2.1.1.- “Teoría del riesgo” y <i>nemo tenetur</i>	242
2.1.2.- Vigencia temporal de la garantía.....	242
2.1.3.- Alcance del secreto profesional.....	246
2.1.4.- Razones de política criminal.....	248
2.2.- Otras afectaciones de la doctrina “Natividad Frías-Baldivieso”.	249
<u>Conclusiones para el capítulo VII.....</u>	<u>251</u>

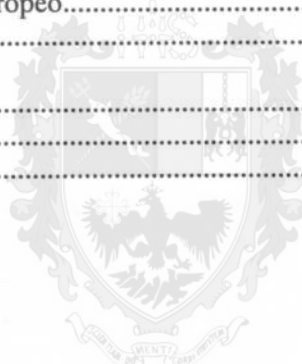
Capítulo VIII: La presentación forzada de documentación

1.- Estados Unidos.....	254
2.- Argentina.....	257
2.1.- Postura según la cual no existe afectación a la garantía.....	258
2.2.- Postura según la cual existe afectación a la garantía.....	261
3.- La jurisprudencia del Tribunal Europeo.....	263
<u>Conclusiones para el capítulo VIII.....</u>	<u>265</u>

Conclusiones finales.....	267
----------------------------------	------------

Bibliografía.....	284
--------------------------	------------

Fecha y firma del doctorando.....	294
--	------------



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

INTRODUCCIÓN

1.- Objeto de la tesis

La presente investigación comprenderá el estudio de la garantía contra la autoincriminación forzada en nuestro régimen procesal penal federal, analizada bajo el prisma de su funcionamiento en el sistema de enjuiciamiento penal estadounidense. 3

Como es sabido, en ambos sistemas jurídicos, la formulación constitucional de la garantía presenta una similitud sustancial. Así, el art. 18 de la Constitución Nacional establece que “nadie será obligado a declarar contra sí mismo”, 4 mientras que la enmienda V de la Constitución de Estados Unidos prevé que “nadie... será compelido a ser testigo contra sí mismo en un juicio criminal”. 5

Esta construcción jurídica constitucional, que consagra el principio general de derecho conocido como *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo) y que es parte integrante del “debido proceso”, resulta ser la columna vertebral de este trabajo y es, por tanto, el objeto de estudio, en todo cuanto se relaciona con las personas de existencia visible en el procedimiento penal.

2.- Problema de investigación

Es también por todos conocido –y ello explica aquella similitud- que nuestra Constitución de 1853 tuvo entre sus distintas fuentes, a la Constitución de Estados Unidos. 6

3 Es cierto que no existe un único modelo de enjuiciamiento en Estados Unidos, pero es evidente, también, que las notables similitudes que presentan cada una de las 52 jurisdicciones diferentes que integran ese país, y la influencia del derecho federal a modo de paradigma que los estados deben seguir, permiten un estudio que tome como un “todo” al sistema judicial de ese país, sobre todo si el objeto de estudio está constituido por los fallos de la Suprema Corte con relación al funcionamiento de la mencionada garantía.

4 Prescripciones similares están contenidas en distintas normas de tratados internacionales incorporados a la Constitución en virtud de la reforma de 1995 (art. 75 inc. 22) y que conforman, junto con aquella, el llamado Bloque de Constitucionalidad Federal.

5 “...nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”

6 La Constitución Nacional de 1853, en cuanto antecedente de la Constitución de 1994, reconoce entre sus fuentes, además de la Constitución estadounidense de 1787 y sus primeras diez enmiendas, otras que también le sirvieron de inspiración: los acuerdos anteriores firmados entre las distintas provincias en la etapa de la organización nacional (los llamados pactos preexistentes), la obra de Juan Bautista Alberdi “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, la Constitución argentina de 1826, y otras constituciones (las de Francia de 1791 y 1793, la de Cádiz de 1812 y la de Chile de 1833). Pero es innegable que la aludida formulación del art. 18, que resulta la base jurídica sobre la que se desarrolla la materia de la obra, contiene una garantía extraída del texto constitucional de aquel país. En efecto, nuestro país se apoyó en

De otro lado, es evidente la relevancia que el derecho judicial de los Estados Unidos de América, ha tenido en el desarrollo constitucional de nuestro país: no es infrecuente encontrar en nuestra jurisprudencia, en la materia de esta tesis, usuales referencias a decisiones del máximo tribunal de aquél país, como fuente de autoridad.

Sin embargo, las diferentes características de los regímenes procesales de ambos países, producto del modo distinto de concebir el proceso penal, ⁷ las premisas y principios rectores que respectivamente dan sustento a ambos sistemas, y también razones históricas y de política criminal, ⁸ han determinado que, en muchos aspectos, la evolución y el desarrollo de la garantía en sus diferentes manifestaciones hayan transitado en ambos países caminos diferentes.

Por lo tanto, entendemos que las circunstancias antedichas, por ser propias de cada uno de los modelos bajo estudio, no permiten, sin un previo y profundo análisis, importar en todos los casos la jurisprudencia de los Estados Unidos, pues dicha práctica podría atentar contra la coherencia interna de nuestro sistema jurídico. ⁹ Se trata de una actividad cuanto menos problemática, y que históricamente ha suscitado posiciones encontradas entre nosotros. ¹⁰

3.- Objetivos

el molde de Estados Unidos no sólo para diseñar sus instituciones políticas, sino también para dar forma a su sistema de derechos fundamentales.

⁷ Ello obedece a que si bien nuestros constituyentes tuvieron en cuenta el molde estadounidense, hacia 1853 regían las leyes españolas, –matizadas por disposiciones del Derecho Patrio–, con preponderancia del sistema inquisitorio y luego importaron las leyes del derecho continental europeo.

⁸ Razones éstas que son coyunturales y por tanto siempre cambiantes, al calor de las distintas circunstancias de la vida social de un país, que influyen, así, en el alcance de todas las garantías constitucionales. En efecto, como decía el maestro italiano Eugenio Florián⁸ : “... sembrado de espinas, empapado en sangre y regado de lágrimas se nos presenta el largo camino que las pruebas penales tuvieron que recorrer en los diversos pueblos, siempre, como es sabido, en medio del constante vaivén de las condiciones sociales, políticas y sobre todo sicológicas de las naciones. Considerada en su más íntimo significado, la evolución externa de los hechos sigue y refleja la evolución interna de los sentimientos y las concepciones ideológicas que sucesivamente van prevaleciendo” (Florián, Eugenio, *De las Pruebas Penales*, 3ra. edición, Temis, Bogotá, 1976, pág. 21). En sentido similar Maier, para quien “... los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan perfecta correspondencia con ella” (*Derecho Procesal Penal Argentino, Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 205).

⁹ Debe tenerse en cuenta, en el sentido indicado, una distinción importante. Mientras en el modelo anglosajón la reglamentación a la garantía proviene mayormente de la jurisprudencia –el sistema se basa en precedentes dictados para casos individuales, a partir de los cuales se elabora una teoría–, en nuestro país emerge de la ley procesal.

¹⁰ Es conocido el debate entre Sarmiento y Alberdi acerca del valor de la jurisprudencia de Estados Unidos como fuente de derecho constitucional argentino (Véase Manili, Pablo, en *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 54).

El objeto de la tesis es, en primer lugar, establecer los lineamientos generales de aplicación de la garantía en relación con las personas físicas en los procedimientos penales federales tanto en Estados Unidos como en Argentina, a partir de la evolución de la interpretación jurisprudencial.¹¹

Con tales elementos, intentaremos detectar y explicar las diferencias de enfoque que se presentan en Estados Unidos y en Argentina, y desentrañar las razones por las cuales en algunas ocasiones es correcto entre nosotros tomar como modelo la jurisprudencia estadounidense, y en otras ocasiones no.

A partir de todo ello, intentaremos demostrar que, en la actualidad, el contenido y alcance de la garantía que emana de una casi idéntica cláusula constitucional, es, en casi todas sus manifestaciones, sustancialmente distinto –más amplio, para ser más precisos- en Argentina que en los Estados Unidos, en virtud de las diferentes influencias que el derecho continental europeo ha tenido entre nosotros y de otras razones no menos significativas.

En esa senda, pues, entendemos que el estudio de otros paradigmas, con pautas constitucionales similares –mas no infraconstitucionales-, coadyuvará a una mejor comprensión de nuestro modelo, y por ende al avance en el debate científico.

En efecto, serán consecuencia de los análisis a efectuar, la identificación de los aspectos problemáticos de la institución, el examen crítico de los requisitos que cada sistema establece para determinar la libertad y voluntariedad de declaración del imputado, y el intento de formulación de un conjunto de principios a modo de estándares aplicables por los tribunales de nuestro país.

Así, al esbozar criterios previsibles e identificables que expliquen nuestros razonamientos de forma constatable *ex ante*, para hacer previsibles las decisiones y desterrar la arbitrariedad, aspiramos a que este trabajo se traduzca en el aporte de mayor seguridad jurídica¹² y permita –por otro lado- vislumbrar las líneas directrices de la futura evolución de la garantía.

Marco teórico

¹¹ Entendemos que, aún con un alcance relativo (ya que somos conscientes de que cualquier pretensión de enunciación de principios absolutos sobre la materia, entraña el inconveniente de dejar de lado las características y particularidades del caso concreto), ello es posible.

Los conceptos e hipótesis con los que se busca comprender los hechos son, además de los conceptos ideológicos que en cada caso sucesivamente fueron prevaleciendo, los marcos legales aplicables, las opiniones doctrinales que hemos considerado de mayor relevancia sobre cada cuestión, y la jurisprudencia de ambas naciones.

Esta última fuente del derecho tendrá una notable preponderancia en nuestro trabajo, toda vez que en todo lo relativo al alcance y contenido de una garantía constitucional, el derecho judicial adquiere una importancia superlativa.

En relación con la jurisprudencia de los Estados Unidos, hemos puesto el acento en aquellos fallos dictados por la Suprema Corte de ese país, que a diferencia de la nuestra, posee un importante desarrollo sobre la temática de esta obra.

En lo atinente a nuestro país, se ha partido del análisis de las normas reglamentarias de la garantía (Código Procesal Penal de la Nación, en adelante CPPN), y de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país (en adelante CSJN), en tanto y en cuanto como máximo tribunal de la nación, es el “intérprete final de la Constitución”;¹² 13 asimismo no hemos dejado de incursionar en la jurisprudencia de otros tribunales, especialmente la Cámara Nacional de Casación Penal (en adelante CNCP), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional Federal de la Capital (en adelante CNCCF), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (CNAPE), algunas cámaras federales del interior del país, y la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital (en adelante CCC), por cuanto es posible hallar en pronunciamientos de esos tribunales una vasta y rica casuística.

Será necesario también efectuar algunas referencias al derecho continental europeo contemporáneo y a su jurisprudencia –en especial aquella emanada del Tribunal Europeo de Derechos humanos, en adelante TEDH 14-, y de los tribunales superiores y constitucionales de España y Alemania -dado el impacto directo que sus fallos tienen entre nosotros-, con el

12 Nuestra Corte Suprema ha otorgado a la seguridad jurídica, jerarquía constitucional (Fallos: 321:2933).

13 Conforme las propias palabras de la Corte, escritas por primera vez al cumplirse un año de su instalación, en la causa “Calvete” (Fallos: 1:340). La frase sería luego reiterada en innumerables ocasiones.

14 El TEDH interpreta que aún cuando la cláusula contra la autoincriminación forzada no tenga recepción expresa en la Convención Europea de Derechos Humanos, se considera implícita en la cláusula del debido proceso y en el derecho a ser oído (Caso *Funke v France* Registro TEDH 82/1991/334/407 del 25/02/1993). En la totalidad de los países de Europa Continental, el *nemo tenetur* tiene recepción normativa.

objeto de lograr una mejor comprensión de la evolución y el estado actual de nuestro paradigma respecto de la garantía.

No fueron hallados registros de los temas de la tesis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia. 15

Finalmente, dado el especial vínculo que la garantía contra la autoincriminación forzada puede presentar con otros derechos y garantías constitucionales, y asimismo con deberes de igual origen, hemos incursionado en el estudio del alcance y contenido del derecho a la intimidad, 16 del derecho de defensa en juicio, 17 del principio de inocencia, 18 de la dignidad humana como valor fundamental y pauta ética universal, y del deber de contribuir con el sostenimiento de las arcas públicas. 19

Contenidos

El inicial –e ineludible- punto de partida, está constituido por una reseña histórica de los distintos tipos proceso penal y de los orígenes de la garantía, puesto que el conocimiento de su origen y evolución facilita el logro de una comprensión cabal del tema bajo estudio: “la experiencia del pasado ilumina el presente, tanto como la comparación de las legislaciones positivas facilita la interpretación de la ley”. 20

En efecto, solo adentrándonos en las premisas fundacionales de ambos modelos de enjuiciamiento criminal y en los antecedentes históricos de la garantía es posible comprender

15 Conforme la búsqueda efectuada en el sitio oficial del tribunal (www.corteidh.or.cr) en la sección de opiniones consultivas y en la sección de casos contenciosos.

16 Roxin afirma que la prohibición de autoincriminación y el derecho a un ámbito privado en sus múltiples manifestaciones constituyen círculos que se interfieren entre sí porque a menudo –aunque no siempre- la coacción a autoincriminarse trae como consecuencia una injerencia en el ámbito privado del individuo, y viceversa. (Roxin, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, p. 121).

17 Es evidente que muchas de las manifestaciones del *nemo tenetur* son instrumentales del derecho de defensa.

18 Distintas medidas de prueba que se vinculan con la garantía, son realizadas, respecto de un sujeto jurídicamente inocente.

19 Ello determinará que a lo largo de la tesis, con frecuencia haya que recurrir al estudio del alcance de esos y otros institutos, como modo de resolver satisfactoriamente algunos de los problemas que se irán presentando, aunque no por ello deban confundirse las esferas de protección de los derechos del imputado, ya que más allá de sus relaciones con aquellos, el *nemo tenetur* tiene existencia autónoma.

20 Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho Procesal Penal*, tercera edición segunda reimpresión, actualizada por Manuel Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

y explicar las razones que justifican en cada caso el alcance de la coerción penal, en todo cuanto se relaciona con la garantía aludida.

Para ello será necesario incursionar en el modo de participación del imputado en los procesos penales de Grecia antigua, del derecho romano, del derecho germánico, del derecho canónico, del derecho inglés, del proceso reformista de la Revolución Francesa, del derecho de Estados Unidos y, por fin, de nuestro sistema jurídico.

Luego examinaremos críticamente las distintas manifestaciones de la garantía y los diferentes caminos tomados por ambos sistemas desde los inicios del siglo XX hasta nuestros días, así como la indagación de las razones de ello.

El plan de trabajo relacionado con ello consistirá en examinar los siguientes tópicos:

- 1.- las manifestaciones de la garantía influenciadas por la tipología procesal: negociaciones de culpabilidad; el juramento; el silencio; la mendacidad; testigo reticente y testigo que declara falsamente;
- 2.- los métodos que afectan la libertad y la voluntad de declaración: la tortura, los interrogatorios policiales, el polígrafo y el suero de la verdad;
- 3.- las manifestaciones autoincriminatorias obtenidas mediante ardid o engaño: el agente encubierto, el agente provocador, manifestaciones obtenidas subrepticamente mediante la utilización de medios tecnológicos;
- 4.- las injerencias en los derechos fundamentales del imputado;
- 5.- las evidencias obtenidas por profesionales de la salud a los que se acude por encontrarse en riesgo la salud como consecuencia de la –supuesta– previa comisión de un delito; y
- 6.- la presentación forzada de documentación.

6.- Método

Los enfoques a realizar partirán del análisis de los distintos tipos de proceso penal, y de un relevamiento cronológico de los procesos históricos que tuvieron influencia en la formulación contemporánea de la garantía en Occidente desde sus primeros antecedentes, hasta terminar en Argentina.

Luego, el análisis comparativo de cada una de las situaciones en las que la garantía puede verse comprometida, partirá desde el prisma de la Suprema Corte de Estados Unidos y luego desde la óptica de nuestros tribunales, sin descuidar los criterios de la jurisprudencia europea relevante sobre la materia.

La jurisprudencia será tomada como el elemento ya dado al científico del derecho e inmodificable por él, circunstancia que se traducirá a lo largo del trabajo en un esfuerzo por distinguir una exposición neutral, de las críticas y comentarios que se formularán en cada caso.

El análisis de los fallos no será con toda la profundidad que podría hacerse, ya que ello puede provocar que se pierda la visión de conjunto que pretendemos exhibir para cada manifestación de la garantía y para cada período. Toda vez que esa visión de conjunto es trascendental a la hora de diseñar la evolución de la garantía, efectuaremos un análisis de aquellas cuestiones emergentes de los fallos que por su importancia se vinculen con esa evolución.

Del desarrollo de cada uno de estos temas se irán extrayendo conclusiones provisionales que definirán la tesis.

En lo que respecta al desarrollo de cada tema en particular, hemos realizado primero una breve introducción general, luego hemos pasado revista al estado legal y jurisprudencial – según el caso- de la cuestión en ambos países, y finalmente hemos volcado las conclusiones que entendemos es factible extraer en cada caso.

7.- Fundamentos de la elección

Nos encontraremos con un tema que es, por su naturaleza y características, extraordinariamente dinámico y álgido, toda vez que desde su formulación constitucional, ha sufrido tanto en uno como en otro sistema permanentes mutaciones en cuanto a la interpretación de su alcance y contenido. 21

En efecto, las consideraciones a favor del mayor o menor alcance de la garantía están íntimamente ligadas a la posición que los individuos ocupan frente al Estado en una determinada sociedad en un momento dado y afectan de manera significativa la forma en que puede investigarse la supuesta comisión de delitos.

21 Nos hemos referido a ellas en el capítulo “Problema de investigación” de esta presentación (ver especialmente notas al pie de página números 6, 7 y 8).

En ese contexto, entendemos que analizar lo que otros países han hecho en la materia constituye no sólo un desafío importante, sino también un intento para pensar mejor nuestros propios problemas y coadyuvar en la construcción de nuestro propio paradigma respecto de la garantía.

Tales circunstancias, nos han convencido de la necesidad de llevar a cabo una tesis doctoral, en la esperanza de que su contenido pueda erigirse en un aporte de seguridad jurídica, en un terreno siempre “movedizo”, y permita vislumbrar las líneas directrices de la futura evolución de la garantía.

8.- Fuentes

La búsqueda de los precedentes estadounidenses atinentes a los temas en estudio, se basó fundamentalmente en la colección de fallos publicada por la *Cornell University Law School* de Nueva York, a través de su Instituto de Información Legal, mediante el servicio que esa casa de estudios presta al público en su página de internet www.law.cornell.edu; y también en datos emergentes de los sitios de internet www.caselaw.lp.findlaw.com, y www.supremecourt.com. El material doctrinal en idioma inglés, ha sido, en su mayoría, generosamente provisto por el *Information Resource Center* de la Embajada de los Estados Unidos en nuestro país, y por el *New York Historical Society*, que en su biblioteca de Manhattan nos facilitó el acceso a distintos documentos históricos de relevancia.

La mayoría de los fallos de la CSJN han sido obtenidos de la Colección de Fallos de ese tribunal; los más recientes, así como también aquellos emanados de tribunales de instancias inferiores fueron extraídos de distintos sitios de internet que brindan dicha información, no necesariamente oficiales: www.cij.gov.ar, www.laleyonline.com.ar, y www.diariojudicial.com.ar fundamentalmente. En la recopilación de la información doctrinal más trascendente en idioma español, hemos contado con el apoyo fundamental de la Biblioteca de la Procuración General de la Nación, lo que no ha excluido la búsqueda y el acceso de fuentes halladas en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en la Biblioteca del Congreso de la Nación.

Finalmente, también hemos abrevado en otras fuentes, como artículos de doctrina que fueron hallados en distintos sitios jurídicos de internet, entre los que cabe mencionar: www.pensamientopenal.com, www.cienciaspenales.org, www.findarticles.com, www.derechopenalonline.com, así como también otros sitios de universidades y centros de estudios extranjeros.

Las fuentes en idioma inglés han sido traducidas por el doctorando, salvo en aquellos casos en que se indica al pie de página la identidad del traductor; las fuentes en idioma alemán fueron extraídas de distintas obras traducidas previamente al idioma español por quienes se indica en la bibliografía.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ACLARACIONES INICIALES

1.- Cuestiones terminológicas

Con el afán de lograr precisión terminológica, y aun al precio de incurrir en reiteraciones, hemos evitado referirnos a Estados Unidos mediante términos que en ocasiones se utilizan – erróneamente- como sinónimos: Norteamérica, o incluso América. No sólo geográficamente la adaptación es inapropiada, sino también desde el punto de vista jurídico: en Norteamérica conviven el sistema estadounidense, el canadiense –que a su vez contiene al menos dos sistemas diferentes entre sí - 22 y el mexicano.

En el sistema continental, se utilizan las voces “derecho” y “garantía” para referirse al *nemo tenetur*. En términos generales, los “derechos” son facultades o prerrogativas reconocidas por la ley –en sentido amplio- a las personas, en reconocimiento y protección de su propia condición humana; las “garantías” consisten en institutos que tienen como fin la tutela y el aseguramiento de los derechos. 23 Por ejemplo, así como la garantía de inviolabilidad de domicilio protege el derecho a la intimidad, la garantía contra la autoincriminación forzada en todas sus manifestaciones contiene numerosos recaudos que protegen el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

En los Estados Unidos, no se utilizan las voces “derecho” o “garantía” para referirse al *nemo tenetur*, sino el término “privilegio” (*privilege*), que consiste en reglas de distinta índole que, si fueran violadas, excluyen la evidencia adversa a un principio fundamental del derecho o a una relación personal o profesional. 24

Más allá de las diferencias semánticas, es evidente que en relación al *nemo tenetur*, el sentido que se le da en Estados Unidos al término *privilege* es el mismo que utilizamos en nuestro sistema para referirnos al derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo; 25

22 En la provincia de Quebec rige un sistema derivado del derecho continental europeo, mientras que en el resto del país impera el sistema de *comon law*.

23 Ferrajoli Luigi, *Garantías Constitucionales*, traducción de Calógero Pizzolo, en Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, 2000, numero 2, p. 42.

24 Por ello, también se utiliza el vocablo *privilege* para referirse a la relación paciente-médico, o cliente-abogado para hacer referencia en ambos casos al secreto profesional.

25 Cf. www.dictionary.law.com. En igual sentido, Ojea Quintana, Tomás, en *El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V numero 9 B, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

la situación de quien hace uso de ese derecho se denomina *taking de fifth*, que significa “amparándose en la quinta enmienda”.

Por tanto, mientras para el caso argentino utilizaremos las voces “derecho” o “garantía” según corresponda, para el caso estadounidense utilizaremos indistintamente el término “privilegio” o bien aquellas, según el caso.

En relación con la acepción y contenido del vocablo “imputado”, debemos aclarar que el mismo no contribuye a desentrañar el momento en que nace la garantía, ya que dicho concepto está destinado a establecer el instante en que surge el derecho de defensa en juicio.

26

Así, en nuestro país, la denominación “imputado” se refiere, en sentido genérico, al sujeto procesal contra el que se dirige el proceso penal, el sujeto pasivo de la pretensión en las distintas etapas por las que atraviesa el proceso hacia la sentencia definitiva. Según Maier, 27 es la situación objetiva de estar indicado como sospechoso de haber participado de un hecho punible ante una autoridad competente lo que define el concepto de “imputado”.

En esa misma línea, Carbone 28 sostiene que basta una mera sindicación en cualquier acto del procedimiento (prevencional, judicial, o fiscal), provenga de un acto formal (investigaciones respecto de la autoría, etc.), material, dado por un acto de la voluntad persecutoria (detención, etc.), subjetivo, proveniente de la inculpación que profiera cualquier persona (sindicación o sospecha de un testigo, víctima, coimputado, etc.) o judicial (acto de atribución formal por el órgano público en virtud de sospecha bastante).

Tal criterio, que podríamos denominar amplio, es el que entendemos ha sido adoptado por nuestra actual legislación procesal, que sitúa en ese momento el comienzo temporal de la calidad de imputado. 29

26 Vélez Mariconde, citado, T. II, p. 335.

27 Citado, p. 190.

28 Carbone, Carlos Alberto, *Medidas coercitivas en cuerpo y alma del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación*, Revista de Derecho Procesal Penal, 2007-I, “La injerencia en los derechos fundamentales del imputado II”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, pág. 189.

29 El art. 72 CPPN establece que “los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso.”

La previsión legal zanjó la discusión existente en la doctrina: antes de la vigencia de dicho código, a falta de regulación legal específica, era común considerar que la calidad de imputado solo nacía a partir de la convocatoria del juez a prestar declaración indagatoria (Así por ejemplo, Oderigo, Mario A., *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973).

La jurisprudencia del TEDH, 30 a través de la elaboración de “nociones autónomas” —que son aquellas en las cuales se aparta de conceptos legales de los estados miembros— ha señalado que la condición de acusado se adquiere ya sea por una vía formal o material. Será formal cuando medie un acto de notificación en el cual se comuniquen el inicio de actos de investigación, y será material, cuando se realicen actos, aunque no exista tal notificación, que supongan efectivamente el inicio de una investigación dirigida contra una persona específica.

De cualquier manera, y como adelantáramos, debe tenerse presente que el vocablo “imputado” si bien en nuestro sistema es satisfactorio para resolver aquellos casos en que el derecho de defensa se encuentre en juego, no cumple igual papel en aquellos otros casos en los que el *nemo tenetur* pudiere verse comprometido no ya en su vinculación con ese derecho sino autónomamente, por ejemplo, en actividades probatorias pre-procesales, que son aquellas realizadas por quienes no son funcionarios públicos antes de que la autoridad (judicial, fiscal o policial, da lo mismo) hubiere tomado intervención: el proceso no se ha iniciado aún, ni la persona ha sido detenida, ni ha sido indicada como partícipe de un delito, etc.

Aclarado ello, debemos señalar que en Estados Unidos se utiliza la voz “sospechoso” (*suspect*) para referirse a quien es sindicado como autor de un delito en los inicios de una investigación; en cambio, se utiliza el vocablo “acusado” (*accused*) cuando se trata del imputado que es llevado a cualquiera de las etapas del proceso, desde la audiencia preliminar (motivada en un arresto o en la decisión del fiscal de presentar cargos) hasta el juicio propiamente dicho.³¹

Sin embargo, aún a la luz de dicha norma legal, algunos autores sostienen que para que nazca la calidad de imputado no bastará la simple denuncia o querrela, siendo necesario además un acto de naturaleza jurisdiccional que importe tener por válidamente iniciada una instrucción. (Así, Navarro y Daray, *Código Procesal penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, J. L Depalma Editor, Buenos Aires, 2004, con citas de Darritchon y Almeyra y de dos fallos de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, JA 1995-II-357, y LL 1997-E-936).

A nuestro modo de ver, una tal opinión, no solo contraría la interpretación literal del artículo, que se refiere a cualquier persona que sea “detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso” (énfasis agregado), sino que se produciría el sinsentido de que el imputado no podría hacer valer ante la prevención, distintas manifestaciones de la prohibición contra la autoincriminación coaccionada, como ser su derecho a no ser coaccionado de ningún modo.

30 Luna Rodríguez, Rafael, *El derecho a la no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t26079.pdf>, p. 179.

31 La evolución jurisprudencial, a la que a lo largo de la tesis nos referiremos *in extenso*, precisó que la adquisición de la calidad de imputado está en conexión con el derecho a la asistencia letrada, que se aplica en

En consecuencia, si bien en lo posible hemos tratado de respetar las distinciones entre “sospechoso” y “acusado” –para el caso estadounidense- y entre “imputado” y “acusado” para el caso argentino, aclaramos que ello no surte efectos concretos en relación con la garantía, ya que como se verá ésta tiene vida de manera autónoma, y no surge necesariamente del hecho de que una persona sea formalmente considerada “sospechosa”, “imputada” o “acusada”.

2.- Temas excluidos

El objeto de esta tesis, como ha sido dicho, es el estudio del funcionamiento de la garantía que protege el derecho de una persona física a no ser obligado a declarar contra sí mismo, en dos sistemas que reconocen una similar formulación constitucional, aunque disímiles estructuras procesales, culturas jurídicas, e historias políticas.

Ello determinará la exclusión de distintos temas que si bien guardan estrecha relación con el objeto de nuestro estudio no serán materia de examen, habida cuenta que el volumen de la bibliografía que a ellos se refiere excede las posibilidades de un trabajo de tesis doctoral, y hacerlo conllevaría un menoscabo para el tema central del trabajo.

En primer lugar, ha sido excluido el estudio del funcionamiento de la garantía en relación con las personas jurídicas. Las circunstancias imperantes en las actuales culturas jurídicas ha determinado que el viejo principio *societas delinquere non potest* se encuentre hoy puesto seriamente en crisis; por tanto, el estudio de esta cuestión –que conllevaría la necesidad de abordar el contenido y alcance de ciertas manifestaciones de la garantía en las personas de existencia ideal- 32 demandaría claramente un desarrollo autónomo y específico.

También se ha excluido el estudio del derecho a la no incriminación de determinadas personas con las que se tiene algún tipo de vínculo, que las legislaciones procesales en general prevén en resguardo de ese vínculo por encima de los fines del proceso. La

situaciones de interrogatorios bajo custodia (*custodial interrogation*), que son aquellos iniciados por la policía cuando una persona es detenida (llevada en custodia), y también a los interrogatorios llevados a cabo cuando una persona, sin ser formalmente detenida, es privada de su libertad de movimiento de manera significativa; en cambio, no así respecto de los *non custodial interrogation*, que son aquellos que tienen lugar cuando el sujeto no se encuentra privado de su libertad de movimiento de manera significativa ni es considerado formalmente sospechoso.

32 Es materialmente imposible que una persona jurídica sea objeto de torturas o de una extracción compulsiva de sangre, pero ello no excluye que la sociedad sea obligada a, por ejemplo, presentar documentación que tenga efectos autoincriminantes (ver por ejemplo sentencia del TEDH del 27/02/1992 *Société Sténuît c/France* y sentencias del Tribunal Constitucional Español 18/2005 del 18 de febrero y 68/2006 del 13 de marzo).

multiplicidad de principios y conceptos que en estos casos aparecen involucrados, resultan independientes de nuestro objeto de estudio, ceñido exclusivamente a la autoincriminación.

Tampoco hemos abordado, más que tangencialmente y sólo cuando lo entendimos necesario, el contenido y alcances de la exclusión de la prueba una vez establecido que ella ha sido obtenida en violación al *nemo tenetur*. El estudio de la llamada regla de exclusión y de la doctrina de los frutos del árbol venenoso -que proclaman la inaprovechabilidad de las pruebas obtenidas en violación a garantías constitucionales y su propagación a los actos que son consecuencia de dicha violación- 33 demandaría un enfoque distinto, en el que juegan variables ajenas al contenido de la garantía: la existencia de perjuicio, la verificación de posibles excepciones, el alcance de la propagación de la ilegalidad, y el estudio de distintos institutos procesales en los cuales estas doctrinas se asientan, como la inadmisibilidad, o bien la nulidad. De tal modo, nuestro estudio incluirá la determinación de si existe violación a la garantía, mas no todo lo relativo a si corresponde excluir del proceso -o impedir el ingreso- a una prueba así obtenida.

Por último, hemos excluido de este estudio el examen de si existe afectación a la garantía en determinados tipos penales complejos, que exigen para su configuración, la no justificación por parte del acusado de una circunstancia determinada. 34 Ello se debe a que, para incursionar en tal estudio, es necesario adentrarnos en cuestiones de derecho material (ante qué tipo de delito estamos, naturaleza jurídica de la ausencia de justificación, etc.), que son ajenas al contenido y evolución del derecho proceso penal, donde ha sido focalizado nuestro objeto de trabajo.

3.- Valor y efectos (internos) de la jurisprudencia de los máximos tribunales de Estados Unidos y Argentina

Como la obra focalizará en la interpretación de la garantía constitucional objeto de estudio, en los fallos de los máximos tribunales de Estados Unidos y Argentina, resulta necesario tener en cuenta algunas cuestiones referentes al valor y efectos de la jurisprudencia en ambos países.

33 Conocida en el derecho estadounidense como *exclusionary rule and fruit of the poisonous tree doctrine*, y en Alemania bajo la denominación genérica de “prohibiciones probatorias y su efecto extensivo”, a instancias de Ernst Beling.

34 En nuestro país, por ejemplo, los delitos de enriquecimiento ilícito (art. 268. 2 C.P.), y quiebra fraudulenta (art. 176. 2 C.P.).

Antes de ingresar a ese terreno, debe tenerse en claro que existe una notoria diferencia en cuanto al funcionamiento interno de ambos tribunales: mientras la competencia de nuestro máximo tribunal (tanto originaria como derivada) está definida en la ley –e incluso en su propia doctrina-, la Corte de Estados Unidos tiene la posibilidad de decidir sin control alguno sobre qué casos se va a expedir (*certiorari*). Como regla general, ese tribunal accede a decidir causas cuando existe una división de opiniones entre los tribunales de apelación o cuando surge una pregunta constitucional importante o un asunto sobre una ley federal que necesita ser aclarada; para el conocimiento de una causa, se requiere que al menos cuatro de sus nueve miembros estén de acuerdo. 35

Otro aspecto clave que debe considerarse consiste en que la principal diferencia entre el sistema de derecho continental europeo y el sistema anglosajón (*common law*) radica en la distinta jerarquía existente entre las diversas fuentes de derechos: mientras en el primero la principal fuente del derecho es la ley –herencia de la codificación romana-, en el segundo ese lugar ha sido ocupado tradicionalmente por la jurisprudencia, sin perjuicio de la tendencia codificadora observada a partir del siglo XX. 36

Sin embargo, este avance de la codificación en el sistema estadounidense no ha alcanzado a las garantías constitucionales, que no se encuentran reglamentadas más que por las decisiones judiciales.

Por lo tanto, mientras en los Estados Unidos las facultades de injerencia estatal por regla general no se encuentran reglamentadas en la ley, sino que es la jurisprudencia la encargada de delimitar las posibilidades de afectación (así ocurre con el *nemo tenetur*), en nuestro país la reglamentación de las garantías emerge primordialmente de la ley procesal, cuya interpretación es objeto de otras fuentes del derecho, especialmente la jurisprudencia.

Esta situación, en primer lugar, presupone un enfoque distinto en torno a la actividad judicial: mientras en el modelo del *comon law* el sistema va de lo particular (el caso) a lo general (la construcción de una teoría), en el sistema continental se parte del examen de la ley para su aplicación al caso concreto.

Pero tiene además una consecuencia fundamental.

35 *El sistema federal judicial en los Estados Unidos*, folleto elaborado por la Oficina de los Tribunales de los Estados Unidos.

36 Albernathy, Charles F., *Law in the United States, Cases and Materials*, Law International Institute, Washington, 1995, p. 4.

Significa que en Estados Unidos, si la reglamentación tiene origen jurisprudencial, también puede ser modificada (o abandonada) por esa vía, mientras que en nuestro país sin perjuicio de la interpretación judicial en torno al alcance y contenido de la garantía —e incluso sin perjuicio del control difuso de constitucionalidad— la modificación (o abandono) de una reglamentación, por regla general corre por cuenta del legislador.

En relación con el estándar de obligatoriedad de la jurisprudencia del máximo tribunal, entendemos que en la práctica resulta sustancialmente similar en ambos países, aunque al amparo de diferentes conceptos.

Así, en Estados Unidos, los fallos de la Corte conforman lo que se denomina *stare decisis* - aforismo latino que significa “estar a lo decidido”- que constituye una pauta vinculante para todos los demás tribunales federales y estatales del país sin perjuicio de la facultad de apartarse de ellos en tanto se invoque la inconveniencia de su aplicación al caso en examen. 37 La importancia que el sistema judicial pone en ese principio, en cuanto asegura estabilidad y predecibilidad a las decisiones judiciales, impide modificar un precedente salvo que hubiere una “especial justificación”. Por ello, el estudio del sistema se basa en el análisis detallado de las sentencias de las cuales se infiere la norma.

En nuestro país, si bien los fallos de la Corte no son de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores -ya que el régimen constitucional no impuso un mecanismo de jurisprudencia vinculante-, no puede soslayarse que la Corte es, en sus propias palabras, el “intérprete final de la Constitución”, 38 y que la extensión con que dicha actividad es realizada “configura un marco ejemplar respecto de la magistratura argentina toda”; 39 por lo que es indiscutible que su jurisprudencia es fuente del derecho constitucional.

Palazzo 40 considera que las sentencias de la Corte deben seguirse tanto por razones de ejemplaridad (la fuerza de sus argumentos y el respeto que se le debe a un tribunal que constituye la cabeza del poder judicial), como por razones prácticas (la posibilidad de revisión por parte de la Corte de una sentencia que contradiga sus precedentes), y también porque resulten obligatorias cuando la misma Corte así lo ha dispuesto.

37 Enseña Muñoz Neira, que de acuerdo a la doctrina del *stare decisis*, la regla derivada de la decisión judicial debe gobernar otros casos (tanto del mismo tribunal como de los inferiores), en los cuales los hechos y problemas jurídicos sean sustancialmente similares a aquellos que dieron lugar a la primera decisión. Muñoz Neira, Orlando, *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, Primera Edición, Legis, Bogotá, 2008, p. 18.

38 “Calvete” (Fallos:1:340).

39 “Cerámicas San Lorenzo” (Fallos: 307:1094), y también en Fallos: 311:2479, entre otros.

En similar sentido Sagues, 41 para quien, aun cuando no exista uniformidad en torno a la eficacia vinculante de esos pronunciamientos ni coincidencia sobre la fundamentación del efecto vinculante, la mejor doctrina es la del “sometimiento condicionado” de los tribunales inferiores, que impone a éstos seguir la jurisprudencia de la Corte, salvo que circunstancias valederas así lo justifiquen, circunstancias que, por lo demás, deberán ser evaluadas en definitiva por el máximo tribunal.

4.- El derecho estadounidense como fuente de derecho constitucional argentino

A partir de la instauración de la CSJN en 1863, se inició en nuestro país un debate acerca del valor de la jurisprudencia estadounidense como fuente de derecho constitucional argentino.

Las voces fundamentales de ese debate fueron Domingo Faustino Sarmiento y Juan Bautista Alberdi.

El primero, 42 que antes de ser electo presidente de nuestro país, había sido embajador en Estados Unidos, apoyaba enérgicamente la idea de romper con la tradición jurídica española, y se pronunciaba a favor de que las doctrinas emanadas del superior tribunal estadounidense, podían perfectamente ser reproducidas entre nosotros. Era evidente, para Sarmiento, que si los constituyentes habían tenido en mente el modelo de Estados Unidos, en la América Latina que comenzaba a institucionalizarse, las instituciones y doctrinas de aquel país debían también ser tomadas como modelos.

Alberdi, 43 por su parte, abogaba por la creación de una cultura judicial propia y sostenía que no era posible trasladar automáticamente la experiencia estadounidense a una nación recién instaurada, como la nuestra.

Aunque inicialmente la Corte apoyó la tendencia imitativa propugnada por Sarmiento, y más tarde, en 1937, pareció haber tomado partido por las ideas alberdianas, 44 lo cierto es que,

40 Palazzo, Eugenio L., *La jurisprudencia de la Corte Suprema como fuente del derecho en fallos recientes*, El Derecho, 7 de junio de 2007.

41 Sagues, Néstor P., *Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, el Derecho, T. 93, p. 891.

42 Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la confederación Argentina*, con numerosos documentos ilustrativos del texto, Buenos Aires, 1929, citado por Pablo Manili en obra citada, p. 55.

43 Alberdi, Juan B., *Estudio sobre la Constitución Argentina de 1853*, Colección Grandes Escritores Argentinos, Buenos Aires, 1954, citado por Pablo Manili en obra citada, 56.

44 En la causa “Bressani” (Fallos: 178:22), afirmó que “...el valor mayor de la constitución no está en los textos escritos que adoptó ... sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que

en materia de interpretación y alcance de la garantía contra la autoincriminación forzada –y de otras- nuestra Corte ha echado mano en numerosas oportunidades, de precedentes de su par de Estados Unidos, como fuente de derecho constitucional. 45

Langer 46 sostiene que luego de la segunda guerra mundial, el sistema legal estadounidense se ha convertido en el sistema más influyente del mundo, lo que a su juicio se evidencia en la incorporación en la mayor parte de los países occidentales, de interpretaciones jurisprudenciales más pragmáticas, en la importación de determinados conceptos jurídicos (concepto de “real malicia” en materia de libertad de prensa, o la regla de exclusión en materia de admisión de evidencia), y también, en la adaptación de determinados institutos (como el *plea bargaining*).

Pero a renglón seguido, advierte que cada “trasplante legal” incluye interacciones entre personas concretas, con formaciones propias y definidas, y que las culturas adversariales e inquisitivas están fuertemente arraigadas en los operadores de Estados Unidos y América Latina respectivamente, al menos en lo que concierne al modo en que la culpabilidad y la inocencia son determinadas. Todo ello reafirma la necesidad de ser cautelosos a la hora de copiar modelos o interpretaciones foráneas.

Compartimos el diagnóstico y la necesidad de cautela.

Entonces, no obstante la innegable influencia que entre nosotros tiene la interpretación judicial de la garantía hecha por la corte estadounidense, consideramos que esa interpretación no puede ser automáticamente aplicada a todas las manifestaciones de la garantía, ya que como se analizará, en ocasiones ello atentaría contra la coherencia interna de nuestro sistema.

armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas... su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina.”

45 Sólo a título de ejemplo, diremos que en “Montenegro” citó *Spano v New York*; en “Tumbeiro” colacionó *Terry v Ohio*, y en “Fiscal c/Fernández”, citó *Sherman v US*, y *Hampton v US*.

CAPÍTULO I

SISTEMAS PROCESALES Y NATURALEZA DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

1.- Introducción

Previo a efectuar la reseña histórica de los antecedentes que dieron lugar a la formulación de la garantía contra la autoincriminación forzada, creímos necesario desarrollar breves referencias a los lineamientos generales de los distintos sistemas procesales pasados y presentes, y las principales características que rodean la intervención del imputado en el proceso penal en dichos sistemas, con el objeto de favorecer la comprensión de aquel proceso histórico.

Ello constituye una inevitable primera aproximación, por cuanto la historia y evolución de la garantía se encuentra indisolublemente ligada a las distintas formas en que a través de los tiempos fue concebido en el mundo occidental, el procedimiento de enjuiciamiento criminal, lo que refleja en primer lugar la diversa ideología política imperante en las distintas etapas históricas.

Por ende, este capítulo nos permitirá comprender los distintos modelos penales de la actualidad y visualizar en ellos una distinta concepción del Estado y del individuo frente a la garantía contra la autoincriminación forzada, que como adelantáramos, no posee un resultado común en los sistemas estadounidense y argentino. 47

Debemos aclarar, sin embargo, que como enseña Vélez Mariconde, 48 el desarrollo histórico del proceso penal pone de manifiesto sistemas de diversas características, pero que son considerados por la doctrina como tipos abstractos, ya que no se encuentran perfectamente establecidos en las legislaciones antiguas o modernas.

46 Langer, Máximo, *From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*, Vol. 45, Nro. 1, 2004, en www.harvardilj.org.

47 Señala Ferrajoli que el campo del interrogatorio del imputado es precisamente donde se han puesto de manifiesto las diferencias más profundas entre los métodos inquisitivo y acusatorio, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 607.

48 Citado, p. 20.

En sentido similar se expresan Maier, 49 para quien los diferentes derechos positivos casi nunca operaron con la pureza de principios y características de las definiciones teóricas de los tipos de proceso, y Langer, 50 que asegura que en la actualidad estamos ante categorías meramente teóricas.

Por tal motivo, la clasificación que aquí esbozaremos lo será en gran medida con fines orientativos, dada que en lo que sigue de la obra se efectuarán numerosas referencias conceptuales de los diferentes tipos de proceso. De acuerdo con la doctrina clásica, hemos dividido los tipos de proceso en tres grandes grupos: acusatorio, inquisitivo y mixto; luego examinaremos las características de la declaración del imputado en cada uno de ellos, y las notas distintivas de los procesos penales estadounidense y argentino, en todo cuanto se relacione con el funcionamiento de la garantía.

En cualquier caso, debe tenerse presente la estrecha vinculación que la historia permite descubrir entre las legislaciones procesales penales y los regímenes políticos: ya despóticos, ya liberales o atemperados; según afirma Clariá Olmedo 51 la circunstancia de que las leyes represivas suelen ser eficaz instrumento de opresión, condujo a la instauración de dos sistemas opuestos y otro intermedio.

2.-Procedimiento acusatorio

2.1.-Orígenes, evolución y principales características

El procedimiento acusatorio se originó en Grecia y tuvo auge en el derecho germánico antiguo y en la Roma republicana (desde 509 hasta 27 AC), en esencia en virtud del carácter eminentemente privado de la acusación.

El sistema fue recibido en la historia antigua en Inglaterra, donde se consolidó a partir del siglo XII durante el reinado de Enrique II, y se mantuvo a través de los siglos hasta la actualidad; de allí pasó, en lo sustancial, a las colonias inglesas que conformarían luego los Estados Unidos de América.

La antropología considera al sistema acusatorio como el primer sustituto de la venganza privada que desarrolla una sociedad en evolución; por ello, la facultad para ejercitar la acción

49 Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2.^a ed., 1.^a reimp., Buenos Aires, 1999, p. 443.

50 Citado.

51 Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, T. 1, p. 115.

reside en la persona afectada, quien es la acusadora. El derecho de acusación se extiende pronto a los parientes y luego a los miembros del grupo, en la medida en que se desarrolla la concepción de solidaridad social; la culpabilidad o inocencia es decidida por jurados ⁵² luego de escuchar las pruebas y se selecciona a un funcionario para que sentencie, pero sin facultades para ejercitar la acción ni para investigar, cuestiones que se encuentran en manos del acusador privado. ⁵³

El sistema es comprendido básicamente como un conflicto de intereses, cuyo esquema formal es el combate, la confrontación, la defensa individual o colectiva de esos intereses y algún método para dirimir la disputa (la muerte o la derrota en el combate judicial, el consenso en las asambleas populares, la pacificación a través de la compensación, etc.). En este conflicto de intereses, ningún sujeto tiene un compromiso personal especial con la verdad porque cada uno representa un interés. ⁵⁴

La persecución penal en este sistema estuvo originariamente en manos privadas; recién a partir del siglo XVII nace en los sistemas acusatorios el principio de persecución penal pública. Ello, sin embargo, no aparejó una alteración significativa de las reglas del procedimiento, con lo cual el principio de verdad histórica no fue incorporado, manteniéndose el consenso como modelo central del enjuiciamiento. ⁵⁵

La característica principal del sistema reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso; el paralelo y correspondencia que se puede establecer fácilmente con el sistema republicano de ejercicio de poder político resulta evidente: de allí que, como explica Maier, no sea casualidad la aplicación de este sistema en la época de apogeo de las repúblicas antiguas. ⁵⁶

Cada una de las funciones del juicio (acusación, defensa y decisión) se confía a un órgano propio y separado.

⁵² El art. 39 de la Carta Magna de 1215 estableció que los hombres no pueden ser juzgados sino por sus pares.
⁵³ Merryman, John Henry, *Sistemas legales en América Latina y Europa*, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 238.

⁵⁴ Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 63.

⁵⁵ Bovino, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en www.derechopenalonline.com

⁵⁶ Citado, p. 444.

El procedimiento acusatorio moderno, en su afán de garantizar la imparcialidad del juzgador, concibe a éste como un sujeto rígidamente separado de las partes, y al juicio, como una contienda entre dos partes en pie de igualdad: el acusador, primero privado y luego público – que es el encargado de la acusación y sobre quien pesa la carga de la prueba-, el acusado y su defensa –que tienen el derecho de refutar la acusación-.

El jurado, que es una institución que muestra la inclinación de este modelo a evitar la concentración de poder, está integrado por un número determinado de ciudadanos comunes, y tiene como principal función dictar el veredicto, es decir, decidir en función de la evidencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Para que el jurado pueda cumplir con esa misión, los procedimientos deben necesariamente ser orales; en ese cometido, el jurado cuenta con la libre convicción como método de evaluación de las pruebas, las razones en virtud de las cuales arriban al veredicto, descansan sólo en sus conciencias. 58

El juez no puede proceder de oficio, por lo que actúa sólo a requerimiento de las partes. Su función consiste en controlar la admisión de las pruebas y el cumplimiento de las normas procesales, la dirección del debate, la moderación de los interrogatorios y la explicación a los miembros del jurado sobre el derecho aplicable al caso (requisitos de tipicidad del delito, circunstancias agravantes y atenuantes, presunciones legales aplicables, etc.). Luego, sobre la base intangible del veredicto, el juez determina las consecuencias legales de la acción culpable o inocente. 59

La verdad concebida por el modelo acusatorio es considerada relativa o formal, y la principal garantía de su obtención se confía a la exposición de la hipótesis acusatoria a la refutación

57 La base sobre la que se asienta el sistema acusatorio se encuentra constituida por la garantía de la imparcialidad del juez, que, conforma explica Binder, no nace como una reacción ante la verdad, sino por la relación con los intereses en juego (citado, p. 64).

58 Recuerda Mirjam Damaska, que hasta el siglo XVI, los miembros del jurado inglés podían decidir un caso basándose en sus investigaciones personales o bien en sus conocimientos “privados”, convirtiéndose a partir de allí en un cuerpo adjudicativo compuesto por personas desinteresadas para quienes los hechos debían ser probados en el tribunal. (M. Damaska, *Las Caras de la justicia y el poder, análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 73).

59 Como bien señala Binder, se trata de un modelo de decisión conjunta, fraccionado en dos momentos, que no necesariamente coinciden con una división entre los hechos y el derecho, como es tradicional afirmar, sino que se refiere, con mayor precisión, a la determinación del antecedente de la pena (que implica la construcción del supuesto fáctico del juicio) y las consecuencias que surgen de ese antecedente (que coincide con la elaboración de la solución legal aplicable al juicio). Binder, Alberto: *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed. actualizada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 110.